جامعة الزعيم الازهري
كلية الدراسات العليا

دور التحكيم كوسيلة مُثلى لفض المنازعات

رسالة لنيل درجة الماجستير فى القانون

إعداد الطالب
حاتم عبدالرحمن محمد حسن إبراهيم
(أبو محمد الصادق)
إشراف
الدكتور / إيمان شرف الدين أحمد القاضى

١٤٣٢هـ ــ ٢٠١١م

جامعة الزعيم الازهري

كلية الدراسات العليا

دور التحكيم كوسيلة مُثلى لفض المنازعات

رسالة لنيل درجة الماجستير فى القانون

إعداد الطالب

حاتم عبدالرحمن محمد حسن إبراهيم

(أبو محمد الصادق)

أعضاء لجنة المناقشة :------

الدكتور / إيمان شرف الدين أحمد القاضى(مشرفاَ)

الدكتور / إبراهيم محمد أحمد دريج (مناقشاً خارجياَ)

الدكتور / عبد القادر عوض الدابى (مناقشاً داخلياً)

١٤٣٢هـ ــ ٢٠١١م

بسم الله الرحمن الرحيم

استهلال

قل تعالى :

((يا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذابٌ شَدِيدٌ بِما نَسُوا يَوْمَ الْحِسابِ))

سورة ص الآية : (٢٦)

ألاهداء

إلي :--

روح أمى ألحبيبة وأبى ألحبيب

أهدي ثواب هذا الجهد المتواضع

سائل المولى عز وجل أن يتغمدهما بواسع رحمته وأن

يدخلهما فسيح جناته ...

آمين ...آمين .... آمين

شكر و تقدير

إلي شعاع الفكر الوقاد الدكتورة إيمان شرف الدين أحمد القاضى لقبولها الإشراف على هذا البحث وإنارتها لى الطريق الذى كنت أحسبهُ شائك ووعر إلا أنها مهدته لى بتوجيهاتها وتصويباتها حتي رست سفينتى إلى بر الأمان ورأت هذه الدراسة النور ..

إلي منبع العلم الدفاق وصاحب العقل المستنير والقلب الكبير أخى الدكتور تاج السر عبدالمطلب محمد فقير فكنت آتى له بمنزله العامر ليلاً ونهاراً ولايبخل لى بافكاره النيره كما أمدنى ببعض المراجع القيمة فى مجال هذه الدراسة فلك منى أسمى آيات الشكر والتقدير فى طبق من الوفاء ....

إلى زوجتى الفضلى أم محمد الصادق ...

التى أهدتنى منديلا حريرياً مطرزاً عليه حروف أسمى بخيوط من ذهب ....

كلما أنهكنى البحث وخارت قوآى ... أشتم منه رائحة المسك والعنبر ... ويعاودنى الحماس وابدأ الكتابة والبحث ....

إلى أغلى من وهبت لهم حياتى أبنائي الأعزاء محمد الصادق وعبدالرحمن وفاطمة أشكركم لصبركم عليا وتحملكم معى معأناة البحث والتحصيل العلمى ...

إلى كل من مد لى يد العون والمساعدة وأخص بالشكر قسم الحاسوب بالجهاز القضائى أمدرمان وعلى رأسهم المهندسين محمد أحمد الولى ومصعب هاشم وشيخ عمر ..

إليكم جميعاَ أهدى باقة وفاء وتقدير معطرة بزهر الشكر وندى ندآه وورد التقدير وشذى شذآه

فهرس المـــــــــــــــحـــــــــــــــــتويات

المسلسل	الموضوع	الصفحة
١	إستهلال	أ
٢	الاهداء	ب
٣	شكر وتقدير	ت
٤	فهرس المحتويات	ث ----- ر
٥	المستخلص	ز – ن
٦	ترجمة مستخلص البحث بالغة الانجليزية	ن – س
٧	المقدمة	١-٧

الفصل الاول

فكرة ومفهوم التحكيم ونشأته وتطوره

	المبحث الأول	
٨	فكرة ومفهوم التحكيم	٨
	المطلب الاول	
٩	تعريف التحكيم في اللغة	٨ -- ٩
	المطلب الثاني	

١٠	تعريف التحكيم في القانون	٩- ١٠
	المطلب الثالث	
١١	التعريف السائد للتحكيم الدولى	١٠ - ١٥
	المطلب الرابع	
١٢	تعريف التحكيم فى الاصطلاح	١٦
	المبحث الثانى	
١٣	نشأة التحكيم وتطوره فى العصور القديمة	١٧
	المطلب الاول	
١٤	نشأة وتطور التحكيم في عصر ماقبل الاسلام	١٧- ١٩
	المطلب الثانى	
١٥	نشأة وتطور التحكيم عند العرب قبل الاسلام	١٩--٢٠
	المطلب الثالث	
١٦	التحكيم فى عصر الاسلام	٢٠ - ٢٢

المبحث الثالث

١٧	تطورالتحكيم فى العصر الحديث	٢٣
	المطلب الاول	
١٨	نشأة وتطور التحكيم فى الدول العربية	٢٣--٢٤
	المطلب ألثانى	
١٩	نشأة وتطور التحكيم فى السودان	٢٤--٣٨

	المطلب الثالث	
٢٠	تطور التحكيم الدولى فى العصر الحديث	٢٨ــ ــ ٣١
	الفصل الثانى **أنواع التحكيم وطبيعته القانونية**	
	المبحث الاول	
٢١	انواع التحكيم	٣٢
	المطلب الاول	
٢٢	أنواع التحكيم من حيث الارادة	٣٢ــ ــ ٣٤
	المطلب الثانى	
٢٣	أنواع التحكيم من حيث المحل	٣٤ـ ٤١
	المطلب الثالث	
٢٤	أنواع التحكيم من حيث تنظيمه	٤٢ــ ــ ٤٨
	المبحث الثانى الطبيعة القانونية للتحكيم	
	المطلب الاول	
٢٥	النظرية التعاقدية	٤٩ـ ٥٢
	المطلب الثانى	
٢٦	النظرية القضائية	٥٣ــ ــ ٥٧
	المطلب الثالث	
٢٧	ألنظرية المختلطة	٥٧ــ ــ ٥٩
	المطلب الرابع	
٢٨	الطبيعة المستقلة للتحكيم	٥٩ـ ٦٣

	المبحث الثالث الطبيعة القانونية للتحكيم فى الفقه الاسلامى	
	المطلب الاول	
٢٩	نظريتان للتحكيم فى الفقه الاسلام	٦٤ــ ٦٦
	المطلب الثانى	
٣٠	التحكيم فى المذاهب الاسلامية الاربع	٦٧ــ ٦٨
	الفصل الثالث **تميز التحكيم عن النظم المشابهه وانواع التحكيم فى الفقه الإسلأمى**	
	المبحث الاول	
٣١	التحكيم و القضاء	٦٩
	المطلب الاول	
٣٢	التميز بين التحكيم الوطنى و القضاء الوطني	٦٩ــ ٧٣
	المطلب الثانى التميز بين التحكيم الدولى و القضاء الدولى	٧٣ــ ٧٥
٣٣	المبحث الثانى التميز بين التحكيم و الوسائل الاخرى لفض المنلزعات	٧٦
	المطلب الاول	
٣٤	التحكيم و الصلح	٧٦ــ ٧٨
	المطلب الثانى	
٣٥	التحكيم و الوكالة	٧٨ــ ٨٣
	المطلب الثالث	
٣٦	التحكيم و التوفيق	٨٣ــ ٨٩
	المطلب الرابع	

٣٧	التحكيم والخبره	٩٠-- ٩٥
	المبحث الثالث	
	أنواع التحكيم في الفقه الاسلامى	
	المطلب الاول	
٣٨	التحكيم بين الزوجين	٩٦--٩٨
	المطلب الثانى	
٣٩	التحكيم فى المنازعات بين الافراد	٩٩-١٠٠
	المطلب الثالث	
٤٠	التحكيم الدولى فى الفقه الاسلامى	١٠١-١٠٣

الفصل الرابع

ة التحـــــــــكيــــــم

	المبحث ألاول	
	تكوين هيئة التحكيم	
	المطلب ألاول	
٤١	قواعد تشكيل هيئة التحكيم	١٠٤-- ١٠٦
	المطلب الثانى	
٤٢	مزايا المحكم الفرد ومزايا تعدد المحكمين	١٠٧
	المطلب الثالث	
٤٣	كيفية أختيار الاطراف للمحكمين	١٠٨-١٠٩
	المطلب الرابع	
٤٤	دور المحكمة المختصة فى تعين المحكمين	١١٠--١١١

	المبحث الثانى	
	شروط صلاحية المحكم	
	المطلب ألاول	
٤٥	ألاهلية لتولى التحكيم	١١٢_١١٤
	المطلب الثانى	
٤٦	اتفاق ألاطراف على شروط خاصة في المحكم	١١٥_ ١١٦
	المطلب الثالث	
٤٧	شروط قانونية أخري فى المحكم	
٤٨	أ/ تولي القضأة مهمة التحكيم	١١٦-- ١١٨
٤٩	ب/ تولى المرأة مهمة التحكيم	١١٩_١٢٠
٥٠	ج/ المحكم شخص طبيعي	١٢٠-- ١٢٢
	المطلب الرابع	
٥١	توافر الحيدة والاستقلال فى المحكم	١٢٢_ ١٢٤
	المبحث الثالث	

المركز القانونى للمحكم

	المطلب الاول	
٥٢	التكيف القانونى لعلاقة الاطراف بالمحكم	١٢٥-- ١٢٨
	المطلب الثاني	
٥٣	التكيف القانونى لعلاقة الاطراف بمركز التحكيم	١٢٨---١٢٩
	المطلب الثالث	

٥٤	المسؤلية المدنية للمحكم	١٢٩ـ ـ١٣٢
٥٥	الخاتمة	١٣٣
٥٦	النتائج	١٣٣ـ ـ١٣٤
٥٧	التوصيات	١٣٤ـ ـ١٣٦
٥٨	الفهارس	١٣٧
٥٩	الايات القرآنية	١٣٨
٦٠	الاحاديث النبوية	١٣٩
٦١	المراجع والمصادر العربية	١٤٠ـ ـ١٤٤
٦٢	المراجع والمصادر الاجنبية	١٤٥
٦٣	الرسائل العلمية	١٤٥ـ ـ١٤٦
٦٤	الدوريات والسوابق القضائية	١٤٦ـ١٤٧
٦٥	القوانين والتشريعات	١٤٧ـ ـ١٤٨

المستخلص

تناولت الدراسة دورالتحكيم كوسيلة مُثلى لفض المنازعات على ضوء قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥م وتطبيقاته العملية حتى نوفمبر٢٠١١م في نطاق جمهورية السودان مقارناً بنصوص القوانين الأُخرى ونصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والفقه الاسلامي . وتمثلت مشكلة الدراسة فى نظام التحكيم ومدى تعارضه مع سيادة الدولة ، ومدى حجة الرقابة القضائية على هيئات التحكيم ، و تزاحم قضاء الدولة مع نظام التحكيم للنهوض بالوظيفة القضائية . وتنبع أهمية هذه الدراسة فى أن التحكيم وسيلة سريعة لفض المنازعات فهو أسرع من القضاء العادى لان المحكمين عادةً يكونون متفرغين للفصل فى خصومة واحدة عكس القضاء العادي المكدس بالقضايا ، وانه قضاء خاص يتراضى فيه طرفى النزاع فى إختيار من يثقون فيهم ويطمئنون إلى حكمهم ، وبساطة إجراءات التحكيم تؤدى الى صدور قرار هيئة التحكيم فى وقت أقصر بشكل ملموس لو عرض ذات النزاع على القضاء العادى ، هدفت الدراسة لبحث مواضيع التحكيم ثم تناولها فى كافة الشرائع الوضعية والسماوية هذا من جانب ومن جانب آخر تناولها من خلال التشريعات الوطنية والدولية ، وإتبعت الدراسة المنهج الاستقرائى والتحليلى والوصفى والموضوعى . توصلت الدراسة الى عدة نتائج أهمها عدم إنضمام السودان لاتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٨م يظل عائقاً للمستثمر الأجنبى فى السودان والمادة ٨/١من قانون بيع الاموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠م تعديل لسنة ١٩٩٣م تمنع المدين العميل من اللجوء للقضاء الرسمى قبل ان يطرق فى البدء باب التحكيم وهذا النوع من التحكيم يعتبر إجبارى قد يؤدى الى شعور العميل بالغبن . وأعتبر المشرع السودانى في الكثير من التشريعات المتعلقة بالتحكيم المحكم ممثل للطرف الذى إختاره وهذا خطأ قد يؤدى إلى تغير فى مفهوم المحكم وقد يؤثر فى تحقيق العدالة لأن المحكم ربما ينظر فقط لمصلحة من إختاره فى حين انه قاضى خاص يفترض فيه الحياد والاستقلال وان يحتكم الى ضميره والقانون . أوصت الدراسة حكومة السودان بالإنضمام لإتفاقية

نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨م خاصةَ انها لاتتعارض مع احكام الشريعة الأسلامية حيث نصت على عدم تنفيذ حكم التحكيم الدولى إذا كان مخالف للنظام العام فى البلد المراد تنفيذ الحكم فيه والغاء نص المادة ١/٨ من قانون بيع الاموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠ تعديل لسنة ١٩٩٣م وترك امر إختيار نظام التحكيم من عدمه لحرية المتعاقدين (البنك والعميل) وتعديل النصوص الوارد فيها كلمة ممثل للأطراف سواء كان ذلك فى قانون العمل لسنة ١٩٩٧م أو اى قانون آخر والاستعاضة عنها بكلمة (محكم) لان المحكم قاضى خاص عند إصداره للحكم يحتكم لضميره وللقانون واقترحت الدراسة إبداء دراسات مستفيضة فى التحكيم الدولى فى منازعات الحدود الدولية على أن تكون دراسة تطبيقية على التحكيم فى منطقة أبيي بين دولة السودان ودولة جنوب السودان.

Abstract

This study had dealt with arbitration as an ideal mean for dispute termination in view of arbitration law of the Sudan and its practical application from the year 2005 to 2011compared with other laws, conventions, international treaties and Islamic jurisprudents. The problem of the study was represented in arbitration having gone against the Country's sovereignty. It specified the range of judicial censorship authority upon arbitration forms and the country's judicial competition with arbitration system in order to rise up judicial functions. The importance of the study stemmed from arbitration as being a quick mean for dispute termination. It was faster than the traditional judging being burdened with affairs while the convicts were usually free to sever in a single dispute. The judging was a special one in which both sides of a dispute would reconcile in choosing those whom they trust and calm down on. The easiness of arbitration procedures would lead to a decree issuing from the arbitration authority in a tangible shorter time if the same dispute was administered to a traditional judging. The study aimed to search arbitration cases then it would tackle the entire heavenly and stated legislations. It also tackled the national and international legislations. The deductive, the descriptive analytical and the objective methods were adopted in order to achieve the goals of the study. So many findings were verified. The most important ones were; the disjoining of the Sudan to New York Treaty concerning foreign charges for the year 1958 and that would hinder the foreign investigation in the Suda . The article 1/8 of mortgaged money purchased to banks for the year 1990 amended in the year 1993 would inhibit the debtor client to resort to the formal judgment before resorting to arbitration. This type of arbitration was considered a compulsory one and might lead to a feeling of irritation. A Sudanese legislator, in most legislation with relation to authorized arbitration was considered a representative for the side that picked him for the job. That was a mistake

and could lead to a change for the juror's concept and might affect justice, because the juror would look at that from the point of interest of those who had chosen him without being impartial and inclining only towards law and conscience. The study recommended the Sudan government to join New York Treaty concerning foreign charges achievement for the year 1958 as it did not contradict with the doctrine of the holy Islamic Sharia. It called for barring the charges of the international arbitration when it contradicted the general system of the country in need to achieve the charge. It called to cancel the article 1/8 of mortgaged money purchased to banks for the year 1990 amended in the year 1993. It left the choosing of arbitration system tc the freedom of contractors (the bank and client) and had amended the contexts containing the words (parts representatives) of the Labor's Law for the year 1997 or any other law and displaced it with juror for having been considered as a special judge. Whenever a juror issued a law, he governed his conscience and law. For future studies, the study suggested that more studies in international arbitration concerning boarders' disputes as that of Abyey in the Sudan should take place so as to terminate the Sudan and the South of the Sudan crisis

.